

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le devoir de conseil dans le Règlement général sur la protection des données

Cruquenaire, Alexandre; Henrotte, Jean-François

*Published in:*

Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde

*Publication date:*

2018

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Cruquenaire, A & Henrotte, J-F 2018, Le devoir de conseil dans le Règlement général sur la protection des données: bis repetita placent ? Dans *Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde: liber amicorum Yves Poulet*. Collection du CRIDS, Numéro 43, Larcier , Bruxelles, p. 599-617.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## TITRE 7

# Le devoir de conseil dans le Règlement général sur la protection des données : *bis repetita placent ?*

Alexandre CRUQUENAIRE\* et Jean-François HENROTTE\*\*

## CHAPITRE 1. Position de la question

La technicité croissante des activités humaines rend leur appréhension par le droit complexe et délicate. Les législateurs éprouvent des difficultés à suivre le rythme des évolutions technologiques. Paradoxalement, il en résulte une inflation législative qui réduit la lisibilité du droit, ajoutant la difficulté du volume à celle de la complexité intrinsèque des textes légaux.

Au cours de sa carrière académique<sup>1</sup> et scientifique, Yves Poulet n'a eu de cesse de plaider pour une réconciliation du droit et de la technique, ainsi qu'en faveur d'une plus grande lisibilité de la norme juridique<sup>2</sup>.

Le contexte technologique – et la spécialisation des métiers qu'il induit – consacre une asymétrie informationnelle entre ceux qui savent et ceux qui ne maîtrisent pas l'information pertinente nécessaire au bon développement de leurs activités. Dès lors, l'on ne s'étonnera pas du recours au

\* Chargé de cours (UNamur), chercheur (CRIDs), codirecteur *R.D.T.I.*, avocat (Lexing).

\*\* Codirecteur *R.D.T.I.*, collaborateur scientifique (ULiège), avocat (Lexing). Avec la collaboration de Fanny Coton que les deux auteurs remercient pour ses apports précieux.

<sup>1</sup> Le cours de « Sources et principes du droit » (SPD), dispensé par le professeur Poulet en première année, a marqué l'enseignement de nombreux étudiants en droit de l'Université de Namur.

<sup>2</sup> Voy. not. Y. POULLET, « Pour une troisième génération de réglementation de protection des données », in *Défis du droit à la protection de la vie privée*, Cahiers du CRID, vol. 31, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 25-70 ; Y. POULLET et J.-Fr. HENROTTE, « La protection des données (à caractère personnel) à l'heure de l'Internet », in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et Technologies de l'information et des communications*, CUP, vol. 109, Louvain-la-Neuve, Anthemis, mars 2009, pp. 201-249.

concept de devoir de conseil, afin de compenser cette asymétrie, dans le domaine du droit de l'informatique<sup>3</sup>.

Après avoir relu les grands classiques de la doctrine juridique en la matière<sup>4</sup> (chapitre 2), nous déplacerons le propos vers la protection des données (chapitre 3), ce qui nous permettra d'opérer un lien avec le domaine qui a constitué le fil rouge d'une partie substantielle des travaux scientifiques du professeur Yves Poulet, qui ont largement contribué à asseoir la renommée du CRID(S).

## CHAPITRE 2. Le devoir de conseil dans les contrats informatiques : un précédent éclairant

### SECTION 1. – Introduction

Forte du constat que le prestataire est un spécialiste de la chose informatique et que son client l'est, par définition, nettement moins, la jurisprudence a développé une obligation de conseil à charge du prestataire. Nous allons brièvement synthétiser les éléments clés de cette obligation, et souligner ses caractéristiques essentielles.

### SECTION 2. – Le fondement juridique

La doctrine n'est pas unanime sur la question, mais il nous semble que, si l'on distingue les deux phases de la vie du contrat informatique, le sujet s'éclaircit.

Le devoir de conseil se matérialise tout d'abord lors de la phase de pourparlers. À ce stade, l'obligation de conseil ne peut être d'une nature contractuelle, le contrat n'existant pas (encore). Si un manquement à ce devoir se traduit par une difficulté ultérieure dans l'exécution du

<sup>3</sup> Soulignant cette évolution, M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, Story Scientia, 1999, p. 36.

<sup>4</sup> Voy. spéc. l'indémodable contribution du jubilaire (en tandem – clin d'œil à la fameuse « pédale moxhoise » dont tous les étudiants du cours de SPD se souviennent – avec M. Coipel) dans *Le droit des contrats informatiques – Principes – Applications*, Bruxelles-Namur, Larcier – Société d'études morales, sociales et juridiques, 1983, pp. 29-143 (« Introduction aux concepts juridiques »).

contrat<sup>5</sup>, cela ne devrait pas suffire pour attribuer une base contractuelle au devoir de conseil<sup>6</sup>. Le fondement le plus souvent invoqué est donc la responsabilité aquilienne (art. 1382 et 1383 C. civ.).

Dans le cours de l'exécution du contrat informatique, le prestataire a également le devoir d'informer son client par rapport à tout élément utile à l'exercice de ses droits. À ce stade, s'agissant d'une question d'exécution du contrat, le fondement légal sera naturellement le principe de l'exécution de bonne foi, tel que consacré à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Dans ce cas, l'obligation de conseil revêt une nature contractuelle.

## SECTION 3. – La portée de l'obligation de conseil

### § 1. Les facettes du devoir de conseil

La doctrine distingue habituellement plusieurs composantes au devoir de conseil : le devoir de s'informer sur les besoins du client, le devoir d'informer le client sur la solution proposée, le devoir de conseiller le client sur les solutions possibles et leurs avantages/inconvénients, ainsi que le devoir de mise en garde sur les risques spécifiques du projet considéré par rapport aux activités du client<sup>7</sup>. Une fois le contrat conclu, le prestataire doit informer le client de tout élément susceptible de l'aider à tirer le meilleur parti des services offerts<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Difficulté qui, dans la plupart des cas, révèle le manquement précontractuel jusqu'alors indécelable.

<sup>6</sup> Sur le fondement de la *culpa in contrahendo*, voy. H. GEENS, « De grondslagen van de *culpa in contrahendo* », *Jura Falc.*, 2003-2004, pp. 441-442 ; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 183-184. Pour une synthèse de ces controverses, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 324-326.

<sup>7</sup> Sur cette nomenclature des éléments constitutifs du devoir de conseil, voy. not. M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », in *Le droit des contrats informatiques – Principes – Applications*, Bruxelles-Namur, Larcier – Société d'études morales, sociales et juridiques, 1983, pp. 69-76 (opérant une classification similaire sur la base de la maigre jurisprudence existant alors) ; E. DE CANNART D'HAMALE, « Le devoir de conseil du fournisseur en informatique », *R.D.C.*, 1989, pp. 568 et s. ; É. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'Internet*, coll. Tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 60-63 ; J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, « Les contrats informatiques », in *Traité pratique de droit commercial*, t. I, *Principes et contrats fondamentaux*, Bruxelles, Kluwer, n° 1355.

<sup>8</sup> É. MONTERO, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 336 ; H. JACQUEMIN, « Contrats informatiques », in *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information 2002-2008*, *R.D.T.I.*, 2009/2, n° 33.

Le prestataire doit donc assumer une charge importante dans le cadre des pourparlers précontractuels, puisqu'il doit non seulement informer sur la portée de la solution qu'il propose, mais doit, en outre : (1) s'informer sur les besoins du client, en l'aidant, le cas échéant, à les formuler lorsqu'ils semblent mal définis, (2) conseiller le client sur le choix de la solution, en mettant en évidence l'adéquation de la solution retenue par rapport aux besoins du client, et, enfin, (3) mettre en garde le client sur les risques du projet envisagé. Par ailleurs, au cours de la vie du contrat, le prestataire doit également être attentif à l'évolution des besoins du client.

Comme déjà souligné, la justification des obligations pesant sur le prestataire réside dans le déséquilibre informationnel entre les parties<sup>9</sup>. Il est donc logique que des obligations d'information pèsent également sur le client pour ce qui concerne les aspects du projet dont il assure la maîtrise. Ainsi, il revient au client d'informer le prestataire sur les spécificités liées à son organisation interne ou à son métier, dans la mesure où c'est lui qui détient les informations concernées et ne peut en ignorer l'importance pour le prestataire dans le cadre de la définition de la solution à fournir ou dans le cadre de l'exécution du contrat<sup>10</sup>.

## § 2. Une amplitude souple

L'idée étant de compenser un déséquilibre informationnel entre les parties, il est logique que le devoir de conseil soit modulé selon les circonstances de chaque cas d'espèce<sup>11</sup>. Le devoir de conseil ne doit donc pas être envisagé dans une perspective abstraite, mais, au contraire, coller aux besoins effectifs de chaque situation concrète<sup>12</sup>.

Différents éléments contextuels ont donc une incidence sur l'intensité du devoir de conseil.

La nature des services ou produits fournis constitue une balise importante<sup>13</sup>. Elle doit justifier un allègement de l'obligation de conseil du pres-

<sup>9</sup> Sur le fondement des devoirs d'information, voy. M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », *op. cit.*, p. 73.

<sup>10</sup> É. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, p. 63 (à propos des devoirs corrélatifs d'information et de collaboration incombant au client).

<sup>11</sup> É. MONTERO, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », *op. cit.*, pp. 337 et s. (à propos des éléments ayant un impact sur l'intensité de l'obligation de conseil).

<sup>12</sup> G. LOISEAU, « Les vertus du devoir d'information et de conseil personnalisé », note sous Cass. (fr.), 1<sup>re</sup> ch., 2 juillet 2014, n° 13-10.076, C.C.E., 2014/9, Commentaires, n° 71.

<sup>13</sup> On observera d'ailleurs qu'au-delà du devoir de conseil, les tribunaux s'en inspirent afin de définir le contour des obligations contractuelles basées sur des notions ouvertes. Ainsi, concernant la portée de l'obligation de délivrance du vendeur de matériel informatique, la

tataire, lorsqu'il apparaît que les services concernés sont bien connus des utilisateurs. Ce qui était exigé d'un prestataire lorsqu'une opération était innovante ne peut raisonnablement plus l'être quelques années plus tard, lorsque cette opération est devenue une pratique courante<sup>14</sup>.

Le degré de spécialisation du prestataire – le cas échéant vanté dans le cadre de sa communication commerciale<sup>15</sup> – doit être pris en compte afin de délimiter le devoir de conseil. On est, en effet, en droit d'attendre un conseil plus pointu de la part d'un prestataire spécialiste de l'opération envisagée.

L'implication plus ou moins grande du prestataire dans le cadre du projet concerné est également prise en considération<sup>16</sup>. Lorsque le prestataire conduit l'ensemble du projet, il doit logiquement s'impliquer d'une manière plus étroite, ce qui se traduit par un devoir de conseil renforcé. La situation est plus complexe et délicate à gérer lorsqu'un projet est mené par plusieurs prestataires, chacun spécialiste d'une partie de la solution globale. La dilution du devoir de conseil qui découle d'un tel contexte rend indispensables les clauses particulières organisant des liens entre les différents contrats concourant à la réalisation du projet commun<sup>17</sup>.

Enfin, le client doit assumer une obligation principale<sup>18</sup> d'information sur tout élément relatif à son activité, son organisation interne, sa

---

cour d'appel de Liège avait relevé « qu'en matière informatique, l'obligation de délivrance ne se limite certes pas à la livraison du matériel informatique mais comporte également l'installation de ce matériel, c'est-à-dire les opérations de mise en route nécessaires pour rendre le système informatique vendu opérationnel » (Liège, 7<sup>e</sup> ch., 11 février 1993, *J.T.*, 1993, p. 556. Dans le même sens, plus récemment : Bruxelles, 29 novembre 2013, R.G. n° 2011/AR/207, inédit, disponible sur <http://www.juridat.be>). Dans une approche *in concreto*, il nous semble toutefois qu'il ne faut pas généraliser cette position et, au contraire, prendre en compte l'objet du contrat. Par exemple, la nature « *plug & play* » de nombreux dispositifs technologiques serait difficilement conciliable avec une obligation d'installation et de mise en route à charge du fournisseur. L'exemple montre donc la nécessité de contextualiser les obligations, en particulier dans le domaine des contrats informatiques.

<sup>14</sup> É. MONTERO, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », *op. cit.*, p. 337.

<sup>15</sup> Sur l'incidence de la communication commerciale en matière de devoir de conseil, voy. M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », *op. cit.*, p. 74.

<sup>16</sup> É. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>17</sup> Voy. M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », *op. cit.*, pp. 39-53. Leurs éclairantes réflexions sur l'isolationnisme contractuel demeurent pleinement d'actualité, comme en témoigne la jurisprudence récente de la Cour de cassation de France relative à l'interdépendance des contrats concourant à la réalisation d'un projet informatique. Sur cette jurisprudence récente, voy. A. CRUQUENAIRE, « Projets multipartites et droit d'auteur. Quelques réflexions sur l'interdépendance des contrats », *A.&M.*, 2013, pp. 429 et s.

<sup>18</sup> Évoquant une inversion des rôles, voy. M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », *op. cit.*, p. 73.

stratégie de développement, afin que le prestataire puisse avoir une vue claire sur les besoins à rencontrer dans le cadre du contrat informatique. De même, les connaissances du client en matière informatique tendent à réduire l'intensité du devoir de conseil du prestataire<sup>19</sup>.

Dans la logique présidant au devoir de conseil, il n'est pas acceptable que le prestataire puisse, par de simples clauses standard de ses conditions générales, s'exonérer de son devoir de conseil<sup>20</sup>. Certes, les clauses limitatives de responsabilité sont licites, mais il est généralement considéré que le devoir de conseil participe de l'essence du contrat informatique, ce qui conduit à admettre les clauses exonératoires avec réticence et dans des limites préservant la substance du devoir de conseil<sup>21</sup>. La rédaction des clauses doit donc être prudente et s'appuyer sur des éléments propres au projet concerné, afin de limiter les risques d'invalidation en cas de litige<sup>22</sup>.

## SECTION 4. – Les sanctions

Lorsqu'il se produit dans la phase précontractuelle, le manquement au devoir de conseil est sanctionné différemment selon que la négociation a abouti ou non à la conclusion du contrat informatique.

Dans la négative, tout au plus le client pourrait-il tenter d'obtenir une indemnisation financière pour le temps et les ressources perdus dans la négociation. En pratique, la jurisprudence belge est toutefois fermement attachée au principe de la liberté de rompre les pourparlers<sup>23</sup>, de sorte qu'une éventuelle indemnisation sera le plus souvent symbolique<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> C. STEYAERT, « Obligations – Contrats », in Y. POULLET (dir.), *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence 1995-2001*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, vol. 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 12-13 (citant un arrêt de la cour d'appel de Liège en ce sens).

<sup>20</sup> En ce sens, voy., p. ex., Paris, 11<sup>e</sup> ch., 16 octobre 2015, n° 13/06759, JurisData, n° 2015-023286, C.C.E., 2015/12, Commentaires, n° 98.

<sup>21</sup> Sur les réticences à admettre l'exonération de responsabilité, voy. E. DE CANNART D'HAMALE, « Le devoir de conseil du fournisseur en informatique », *op. cit.*, pp. 582-583.

<sup>22</sup> Notons ainsi l'arrêt de la cour d'appel de Paris, qui a refusé d'admettre une exonération de responsabilité au titre du devoir de conseil du seul fait que les parties avaient décidé de commun accord de piloter le projet selon la méthode Agile : Paris, 11<sup>e</sup> ch., 3 juillet 2015, *Expertises*, 2015, n° 408, p. 444.

<sup>23</sup> Ayant pour corollaire que les parties assument, chacune pour sa part, le risque de la négociation. En ce sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 545.

<sup>24</sup> Sur le dommage réparable et les difficultés de preuve, voy. spéc. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. Dr. Liège*, 1980, pp. 25-34.

Si le contrat a été conclu, mais que le client s'aperçoit par la suite que la solution proposée ne correspond pas à ses besoins, en raison notamment du manquement au devoir de conseil, un recours en indemnisation peut permettre de compenser le surcoût éventuellement causé<sup>25</sup>. En outre, le manquement au devoir de conseil dans la phase précontractuelle pourrait être sanctionné sur la base du principe de l'exécution de bonne foi, en paralysant une revendication que formulerait le prestataire par la suite<sup>26</sup>. Si le client souhaite se délier du contrat, il pourrait invoquer un vice du consentement, en particulier l'erreur<sup>27</sup>, afin de tenter d'obtenir l'annulation du contrat et d'éventuels dommages et intérêts complémentaires.

En ce qui concerne les obligations de conseil naissant au cours de l'exécution du contrat, c'est sur la base du principe de l'exécution de bonne foi également qu'une sanction pourra être recherchée<sup>28</sup>.

## CHAPITRE 3. Le devoir de conseil dans le Règlement général sur la protection des données

### SECTION 1. – Le cadre

Dans la lignée du rappel des principes qui vient d'être fait, la présente contribution choisit de se centrer sur le devoir de conseil du prestataire vis-à-vis de son client dans le cadre du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD).

Comme nous l'évoquerons, le terme de « conseil » n'est pas employé par le RGPD dans le cadre de cette relation. Il l'est toutefois concernant le délégué à la protection des données, qui est, lui, explicitement chargé d'une *mission* de conseil<sup>29</sup> de son commettant concernant les obligations qui lui incombent. Ses contours en sont cependant bien différents,

<sup>25</sup> M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>26</sup> Sur la sanction du manquement à une obligation d'information par le recours au principe de l'exécution de bonne foi, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 417-418, n° 583.

<sup>27</sup> Sur les difficultés pratiques à admettre la sanction par le dol, voy. P. STOFFEL-MUNCK, « Réticence dolosive. Des rapports entre le dol et le devoir précontractuel d'information », note sous Cass. (fr.), 28 juin 2005, n° 03-16.794, C.C.E., 2005/10, Commentaires, n° 158.

<sup>28</sup> A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 418-420.

<sup>29</sup> Art. 39.1 RGPD.



puisque'il s'agit là de l'essence des obligations contractuelles du délégué, et non d'un devoir de conseil qui serait complémentaire à une autre obligation principale de fourniture de services ou de produits.

La relation avec les personnes concernées, où pourrait également poindre un devoir de conseil sur la base de l'obligation d'information des droits et recours s'offrant à la personne concernée, ne sera pas non plus envisagée.

La présente contribution se centrera donc sur la relation entre le *responsable de traitement*<sup>30</sup> et le *sous-traitant*<sup>31</sup>, vocables utilisés par le RGPD pour désigner respectivement le client et le prestataire.

Toutefois, le sous-traitant au sens du RGPD ne sera pas exclusivement un prestataire informatique. En effet, le champ d'application de ce règlement est très large, puisqu'il s'applique à tout traitement de données à caractère personnel.

Pour rappel, une « donnée à caractère personnel » est toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale<sup>32</sup>.

Est considéré comme « traitement » toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés<sup>33</sup>, tels que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction de données.

Le « responsable du traitement » est la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement, tandis que le « sous-traitant » est celui qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement.

Les profils des sous-traitants en matière de traitement de données à caractère personnel forment donc un spectre très large, allant du prestataire spécialisé en services de type Cloud, en passant par le laboratoire indépendant auquel une clinique confie les analyses médicales, par la

<sup>30</sup> Art. 4.7 RGPD.

<sup>31</sup> Art. 4.8 RGPD.

<sup>32</sup> Art. 7.1 RGPD.

<sup>33</sup> Art. 4.2 RGPD.

société de leasing qui traite les données du personnel bénéficiant d'un véhicule de société, jusqu'au gestionnaire du parking loué par l'entreprise qui vérifie, automatiquement ou non, les plaques d'immatriculation des véhicules autorisés.

Ces profils sont donc loin d'être tous des informaticiens. Ils sont donc probablement tout aussi désarmés que leurs clients par la prochaine entrée en vigueur du RGPD le 25 mai 2018. Doivent-ils craindre, en plus des obligations mises expressément à leur charge, que ce règlement ne serve de base pour y adjoindre un devoir de conseil en matière de protection des données ?

## SECTION 2. – Les textes

Même si, en droit commun, le devoir de conseil n'est pas issu d'un texte exprès, il convient en premier lieu d'analyser les dispositions applicables au traitement de données à caractère personnel, afin d'examiner si un devoir de conseil du prestataire y est prévu.

### **§ 1. La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel**

La loi belge actuelle, à savoir la loi du 8 décembre 1992, ne prévoit aucune obligation de conseil expresse à charge du sous-traitant. La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données qu'elle transpose n'en prévoit pas davantage.

Concernant les rapports entre le responsable de traitement et le sous-traitant, la loi du 8 décembre 1992 se contente de préciser, en son article 16, que le responsable du traitement doit choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements. Le responsable de traitement doit veiller au respect de ces mesures, notamment par la stipulation de mentions contractuelles, et doit fixer dans le contrat la responsabilité du sous-traitant à son égard.

Tant le responsable du traitement que le sous-traitant doivent prendre les mesures techniques et organisationnelles requises pour protéger les données à caractère personnel, compte tenu, d'une part, de l'état de la technique en la matière et des frais qu'entraîne l'application de ces

mesures et, d'autre part, de la nature des données à protéger et des risques potentiels<sup>34</sup>.

Même si l'absence de texte n'équivaut pas automatiquement à l'absence de devoir de conseil, à notre connaissance, aucune décision n'a, à ce jour, reconnu l'existence d'un devoir de conseil du sous-traitant en matière de respect des données à caractère personnel, ni *a fortiori* détaillé son ampleur.

## § 2. Le RGPD

Le RGPD détaille bien plus précisément les rapports entre responsable de traitement et sous-traitant que ne le faisait la directive 95/46.

Si le RGPD ne va pas jusqu'à imposer explicitement au sous-traitant un devoir de conseil vis-à-vis du responsable de traitement comme nous allons le voir, les obligations du premier sont toutefois alourdies. Le RGPD commence par rappeler le responsable de traitement à ses responsabilités en matière de sous-traitance.

### A. Le choix d'un sous-traitant compétent

Tout comme le faisait la loi du 8 décembre 1992, le responsable de traitement est tenu de faire uniquement appel à des sous-traitants qui présentent des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du RGPD et garantisse la protection des droits des personnes concernées.

Dans le cadre de l'obligation générale d'« *accountability* »<sup>35</sup>, qui peut être traduite en français par l'obligation de rendre compte du respect du RGPD, le client devra être en mesure de démontrer qu'il s'est assuré que tel prestataire présentait des garanties suffisantes. Si ces garanties ne sont pas décrites spontanément par le prestataire, le responsable de traitement devra donc l'interroger avant de contracter avec lui et conserver les échanges ayant trait à cet aspect.

Il faut donc noter d'emblée que le responsable de traitement ne pourra pas choisir un sous-traitant à la légère pour ensuite tenter de se dédouaner du non-respect du RGPD en invoquant un manquement de celui-ci à un devoir de conseil.

<sup>34</sup> Art. 16, § 4, de la loi du 8 décembre 1992.

<sup>35</sup> Art. 24.1 RGPD.

Par ailleurs, si le responsable de traitement s'aperçoit, au cours de l'exécution du contrat, que le sous-traitant n'offre plus les garanties suffisantes au regard du RGPD, cette disposition devrait le contraindre à mettre fin au contrat, de manière à ce que cette inertie n'engage pas sa responsabilité propre ou ne l'expose pas à des amendes administratives.

## B. La gestion des demandes des personnes concernées

Le RGPD charge expressément le sous-traitant d'un devoir d'*assistance* du responsable de traitement lorsque celui-ci doit faire face à une demande d'une personne concernée<sup>36</sup>. C'est toutefois le client-responsable de traitement qui devra solliciter l'aide du sous-traitant prestataire. Le prestataire ne sera contraint d'apporter son assistance que s'il est informé d'une demande d'une personne concernée. Par ailleurs, l'ampleur de cette aide et son caractère gratuit ou non ne sont pas précisés par le RGPD.

Il faut toutefois relever que l'ampleur de l'obligation du sous-traitant a été réduite par rapport au texte de la proposition initiale de la Commission<sup>37</sup>, qui confiait au sous-traitant le soin de créer, en accord avec le responsable de traitement, les conditions techniques et organisationnelles nécessaires pour qu'il soit donné suite aux requêtes des personnes concernées<sup>38</sup>. L'abandon de cette première version est heureux, au vu de la diversité des acteurs qui revêtent la qualité de sous-traitants<sup>39</sup>.

Cependant, lorsque l'activité principale du prestataire (tel un service de Cloud) est la sous-traitance de données, l'on est en droit de se demander si son devoir d'assistance englobe l'obligation dans son chef de mettre en place de telles conditions afin de donner suite aux demandes des personnes concernées. De même, lorsque le prestataire conçoit et met à disposition un service sur mesure pour le client, celui-ci devrait logiquement permettre le traitement des requêtes des personnes concernées<sup>40</sup>.

Concrètement, les entreprises dont le cœur de l'activité est la sous-traitance de traitement de données mettront probablement en place, avec le temps, des mécanismes permettant un traitement facilité des requêtes de

<sup>36</sup> Art. 28.3.f et h RGPD.

<sup>37</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2012:0011:FIN>.

<sup>38</sup> Art. 26.2.e, qui se lisait comme suit : « (e) *insofar as this is possible given the nature of the processing, create in agreement with the controller the necessary technical and organisational requirements for the fulfilment of the controller's obligation to respond to requests for exercising the data subject's rights laid down in Chapter III* ».

<sup>39</sup> Cf. p. 6.

<sup>40</sup> Sur la situation particulière découlant de la fourniture d'un système « sur mesure », voy. *infra*.

personnes concernées, afin de réduire le temps consacré à la gestion de ces requêtes.

### C. Le respect des articles 32 à 36 du RGPD

Par ailleurs, le RGPD impose au sous-traitant d'*aider* le responsable du traitement à garantir le respect des obligations prévues par ses articles 32 à 36<sup>41</sup>. Il s'agit (1) de mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau de sécurité adapté aux risques<sup>42</sup>, (2) de notifier à l'autorité de contrôle et à la personne concernée une violation de données à caractère personnel<sup>43</sup>, (3) de réaliser une analyse d'impact<sup>44</sup>, (4) de consulter au préalable l'autorité de contrôle nationale<sup>45</sup> et, plus globalement, (5) de mettre à disposition toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect de ces obligations<sup>46</sup> et (6) la collaboration aux audits<sup>47</sup>.

Lue en creux, cette disposition signifie que l'assistance ne vise pas la question de l'obligation de désigner ou non un délégué à la protection des données<sup>48</sup> ni celle de tenir, le cas échéant, un registre<sup>49</sup>.

À notre sens, comme en droit commun, le degré de spécialisation du prestataire sera un facteur majorant ou minorant cette obligation d'assistance (*cf. infra*).

Il faut ensuite souligner qu'à l'initiative du Parlement, cette obligation d'assistance tient compte de la nature du traitement et des informations à la disposition du sous-traitant<sup>50</sup>. L'on voit là poindre le principal facteur de risque pour les sous-traitants, à savoir le degré d'exactitude et de complétude des informations fournies par leur client au sujet des données traitées.

Il serait en effet excessif à notre sens d'exiger du prestataire qu'il analyse et qualifie lui-même les données qui lui sont confiées. Si l'on peut imaginer que son devoir de conseil l'oblige à interroger le responsable de

<sup>41</sup> Art. 28.3.f et h RGPD.

<sup>42</sup> Art. 32 RGPD.

<sup>43</sup> Art. 33 et 34 RGPD. Le sous-traitant devant notifier au responsable du traitement toute violation de données à caractère personnel dans les meilleurs délais après en avoir pris connaissance (art. 33.2).

<sup>44</sup> Art. 35 RGPD.

<sup>45</sup> Art. 36 RGPD.

<sup>46</sup> Art. 24.1 et art. 28.3.h RGPD.

<sup>47</sup> Art. 28.3.h RGPD.

<sup>48</sup> Art. 37 RGPD.

<sup>49</sup> Art. 30 RGPD.

<sup>50</sup> Art. 28.3, al. 1<sup>er</sup>, f.

traitement sur ce point, cela ne peut aboutir à faire supporter par le prestataire les conséquences découlant d'informations erronées. L'on peut ainsi penser à un client considérant que les données qu'il confie au sous-traitant ne constituent pas des données à caractère personnel, alors qu'elles présentent bien cette qualité. La qualification de données particulières ou non présentera le même risque, puisque le traitement de ce type de données implique de nombreuses conséquences pratiques<sup>51</sup>.

En faisant dépendre l'obligation d'assistance du sous-traitant des informations mises à sa disposition, le RGPD consacre à demi-mot l'obligation principale d'information par le client<sup>52</sup> dégagée par le droit commun.

En tout état de cause, tant le client que le prestataire devront veiller à garder trace des informations communiquées et reçues, afin d'être en mesure de démontrer que le devoir d'assistance a été correctement exécuté ou non au vu des éléments disponibles.

À nouveau, l'ampleur de l'aide à apporter et son caractère gratuit ou non ne sont pas précisés par le RGPD et devront être affinés par la pratique et la jurisprudence.

Enfin, dès lors qu'il ne s'agit que d'une *aide* apportée au responsable de traitement, le sous-traitant ne peut, à notre estime, être tenu responsable des conséquences du refus, par le responsable de traitement, de supporter le coût de mesures de protection que le prestataire recommande (*cf. infra*).

## D. Le cas d'une instruction violant le RGPD

À la suite d'un ajout du Conseil, le RGPD oblige le prestataire à informer immédiatement le responsable du traitement si, selon lui, une instruction constitue une violation du RGPD ou d'autres dispositions du

<sup>51</sup> Notamment l'obligation de désigner un représentant pour des responsables du traitement ou des sous-traitants qui ne sont pas établis dans l'Union, même si le traitement est occasionnel (art. 27.2.a), l'obligation de tenir un registre des traitements, même si l'entreprise ou l'organisation compte moins de deux cent cinquante employés (art. 30.5), l'obligation de réaliser une analyse d'impact en cas de traitement à grande échelle de données particulières (art. 35.3.b), l'obligation de désigner un délégué à la protection des données lorsque les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en un traitement à grande échelle de données particulières (art. 37.1.c), l'interdiction en principe de décisions individuelles automatisées (art. 22.4) et, enfin, lorsque le traitement de données particulières est fondé sur le consentement de la personne concernée, l'information relative au droit de retirer son consentement à tout moment (art. 13.2.c et 14.2.c), le droit à l'oubli (art. 17.1.b) et le droit à la portabilité des données (art. 20).

<sup>52</sup> M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », *op. cit.*, p. 73.

droit de l'Union ou du droit des États membres relatives à la protection des données<sup>53</sup>.

Il s'agit donc d'une obligation de conseil passive ou négative, puisqu'elle n'exige pas du sous-traitant qu'il conseille, mais plutôt qu'il déconseille. Cela étant, lorsque le prestataire déconseillera à son client de maintenir telle instruction, en raison d'une incompatibilité avec le RGPD, le client pourra légitimement s'attendre à ce que le prestataire lui préconise le comportement à suivre.

Le sous-traitant sera donc bien avisé de conserver la preuve de cette information, ainsi que de la réponse qui y a été apportée par le client.

Si celui-ci se range à l'avis du prestataire, aucune difficulté ne se posera, à l'exception de savoir qui devra supporter les éventuels surcoûts découlant des recommandations du prestataire.

Si, par contre, le responsable de traitement maintient son instruction, que le prestataire estime par hypothèse contraire aux exigences du RGPD, que doit faire le prestataire? Les conséquences contractuelles, administratives, extracontractuelles et pénales pour le prestataire doivent être examinées.

- Du point de vue contractuel, il semble évident que le responsable de traitement ne pourra pas engager la responsabilité du prestataire si celui-ci lui a prodigué un conseil exact qu'il n'a pas suivi.
- Quant aux amendes administratives lourdes prévues par le RGPD<sup>54</sup>, elles peuvent être infligées tant au responsable de traitement qu'au sous-traitant. Aucune solidarité entre eux n'est toutefois prévue pour le paiement de ces amendes<sup>55</sup>.
- Il en va autrement de l'indemnisation qui serait allouée aux personnes concernées. Celles-ci disposent, en effet, d'un droit d'action directe à l'encontre du prestataire<sup>56</sup>. Toutefois, un sous-traitant ne sera tenu pour responsable du dommage causé par le traitement que s'il n'a pas respecté les obligations qui incombent spécifiquement aux sous-traitants en vertu du RGPD ou s'il a agi en dehors des instructions licites du responsable du traitement ou contrairement à celles-ci<sup>57</sup>. Or, dans notre hypothèse, le sous-traitant aura respecté ses obligations en dénonçant l'illicéité d'une instruction. On peut, par contre, se demander si le fait

<sup>53</sup> Art. 28.3, al. 2, RGPD.

<sup>54</sup> Art. 83.4-5 RGPD.

<sup>55</sup> La loi belge du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données ne prévoit pas non plus cette possibilité, *M.B.*, 10 janvier 2018, p. 898.

<sup>56</sup> Art. 79 RGPD.

<sup>57</sup> Art. 82.2 RGPD.

d'obtempérer à cette instruction, que le client maintient, constitue en soi une violation du RGPD.

Il pourrait, par contre, s'agir d'une violation d'une autre disposition du RGPD, qui pourrait entraîner la responsabilité propre du sous-traitant. S'ils sont tous deux reconnus responsables, client et prestataire seront tenus solidairement vis-à-vis de la personne concernée<sup>58</sup>. Naturellement, celui-ci pourra, dans le cadre de la contribution à la dette, se retourner contre le responsable de traitement<sup>59</sup>, s'il s'est borné à respecter les instructions de celui-ci. Le sous-traitant supportera donc le risque d'insolvabilité de son client. Les prestataires seront donc avisés de ne pas contracter avec le premier responsable de traitement venu.

Sur le plan pénal, la situation dépendra des législations nationales qui seront adoptées et qui pourraient sanctionner pénalement les manquements au RGPD. La loi belge du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données prévoit toujours la faculté, pour la future Autorité de protection des données, de porter des faits à la connaissance du Parquet du procureur du Roi de Bruxelles<sup>60</sup>. Ceci permet de penser que des sanctions pénales seront maintenues dans la loi du 8 décembre 1992 révisée ou celle qui la remplacera<sup>61</sup>. À partir du moment où une disposition sera sanctionnée pénalement, une violation de celle-ci avec l'aide d'un sous-traitant pourrait donc être analysée en droit pénal comme une participation à la commission de l'infraction. Le fait d'avoir considéré l'instruction comme contraire au RGPD, puis de l'avoir quand même exécutée sera vraisemblablement retenu comme facteur aggravant à charge du prestataire, puisqu'il y aurait donc infraction commise en connaissance de cause.

Si, par contre, le sous-traitant s'abstient de dénoncer au responsable de traitement une instruction qui contrevient au RGPD :

- il s'agira également d'un manquement contractuel, qui devra être mis en balance avec l'instruction par hypothèse illégale du client. Interviendra alors le degré de connaissance de chacun des intervenants (*cf. infra*) ;
- le prestataire commettra une violation du règlement, qui l'exposera à une amende administrative ;
- le sous-traitant sera également tenu pour responsable du dommage causé à la personne concernée par le traitement, puisqu'il n'aura pas

<sup>58</sup> Art. 82.4 RGPD.

<sup>59</sup> Art. 82.5 RGPD.

<sup>60</sup> Loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, M.B., 10 janvier 2018, p. 989, art. 95, § 1<sup>er</sup>, 7°.

<sup>61</sup> Au jour de la rédaction de la présente contribution, aucun projet ou proposition de loi belge de mise en oeuvre du RGPD n'est encore déposé.



respecté l'obligation qui lui incombe spécifiquement en vertu du RGPD. Client et prestataire seront alors tenus solidairement vis-à-vis de la personne concernée ;

- sur le plan pénal, le silence du prestataire, alors même que le RGPD lui imposait de signaler l'instruction illicite, sera vraisemblablement pris en considération dans la détermination de la peine.

Cette disposition, combinée à l'obligation pour le responsable de traitement de choisir un sous-traitant « adéquat », met en place une véritable obligation de contrôle réciproque des deux intervenants. L'on ne se situe donc plus au niveau d'une obligation de conseil, mais au-delà, puisque la défaillance d'une partie pourra avoir des conséquences financières, voire pénales, pour l'autre partie.

### SECTION 3. – L'incidence des connaissances du client

Le niveau de connaissances du client, qui en droit commun tend à réduire l'intensité du devoir de conseil du prestataire<sup>62</sup>, n'est pas comme tel repris par le RGPD comme facteur modérateur de l'intensité de son devoir d'assistance. Il ne faut toutefois, selon nous, pas voir dans ce silence une exclusion de cette variable, qui sera très vraisemblablement invoquée par les plaideurs.

Il semble, en effet, que les principes généraux du devoir de conseil dégagés par la jurisprudence pourront être appliqués dans le cadre du RGPD, en y intégrant les spécificités de cette nouvelle réglementation.

L'on peut ainsi penser que, si le client a désigné un délégué à la protection des données, les obligations du sous-traitant seront moins intenses. En effet, ce délégué doit disposer d'une expertise en matière de législation protectrice des données. Le client assisté d'un délégué à la protection des données ne pourra donc pas se retrancher derrière une quelconque ignorance du cadre légal. Les obligations du sous-traitant devraient donc être allégées en présence d'un délégué à la protection des données. Cependant, son obligation de signaler une instruction violant le RGPD demeure, puisqu'elle n'est pas conditionnée par l'absence d'un délégué désigné par le client.

<sup>62</sup> C. STEYAERT, « Obligations – Contrats », in Y. POULLET (dir.), *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence 1995-2001*, Coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, vol. 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 12-13 (citant un arrêt de la cour d'appel de Liège en ce sens).

## **SECTION 4. – La portée de l’obligation de conseil/ d’assistance du sous-traitant**

Au vu de la nouveauté et de la complexité du RGPD, l’obligation mise à charge du prestataire nous semble, à ce stade à tout le moins, être une obligation de moyens. En effet, le fait que l’interprétation de ce règlement nécessite différents éclairages du Groupe de travail de l’Article 29, dont les lignes directrices ne sont pas systématiquement traduites en français et en néerlandais, démontre qu’il n’est pas toujours aisé de savoir ce qui respecte ou non le RGPD. À notre sens, une certaine bienveillance devra donc être accordée aux prestataires, à tout le moins dans les premiers temps.

Par contre, comme en droit commun, lorsque l’application du RGPD sera devenue une pratique courante, le devoir de conseil du prestataire devra être examiné avec moins de compréhension. Toutefois, ce qui sera vrai pour le sous-traitant le sera également pour le responsable de traitement : l’ignorance des exigences du RGPD deviendra avec le temps de plus en plus coupable.

## **SECTION 5. – Le devoir de conseil/d’assistance au cours de la vie du contrat**

Outre les cas déjà évoqués ci-dessus, certaines étapes de la collaboration semblent un terrain propice à l’invocation d’un devoir de conseil du prestataire.

### **§ 1. La rédaction du contrat**

La convention de sous-traitance doit répondre aux exigences formelles du RGPD<sup>63</sup>. À défaut, les deux cocontractants encourront chacun une sanction administrative pouvant s’élever jusqu’à 10 000 000 euros<sup>64</sup>. Il est donc de leur intérêt à tous deux de conformer le contrat au RGPD, même si les plaideurs pourraient tenter de faire peser davantage cette responsabilité sur l’un ou l’autre des cocontractants, en fonction du degré de spécialisation de chacun.

<sup>63</sup> Art. 28.3 RGPD.

<sup>64</sup> Art. 83.4.a RGPD.

Par ailleurs, la mention au contrat des clauses prévues par le RGPD remplit en elle-même une fonction d'information de l'autre cocontractant, puisqu'elles l'informent de l'applicabilité de la législation en matière de données à caractère personnel. En cela, elles constituent la première pierre du devoir de conseil.

On pourrait imaginer que le prestataire complète ces mentions en y insérant un rappel des obligations que le RGPD impose au client, afin de se libérer d'une part importante de son devoir de conseil pour la suite de la relation contractuelle. Toutefois, comme exposé ci-dessus concernant le droit commun, le prestataire ne pourra pas s'exonérer purement et simplement de son devoir de conseil sous peine de voir une telle clause invalidée<sup>65</sup>.

De même, face à un sous-traitant relevant d'un État situé hors de l'Union européenne, auquel le RGPD serait applicable en vertu de son article 3, l'insertion de ces clauses par le client permettra de porter cette législation à la connaissance du prestataire. À notre sens, la responsabilité de prévoir ces clauses relèvera, dans ce cas de figure, davantage du client, à moins que le prestataire ne vise délibérément les clients situés dans l'Union européenne.

Enfin, il semble prudent pour le sous-traitant de circonscrire dans le contrat les informations sur la base desquelles le niveau de sécurité a été déterminé (présence ou non de données à caractère personnel, type de données à caractère personnel, risques particuliers, etc.), dès lors qu'il doit aider le client à mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau de sécurité adapté au risque.

## § 2. En cas de conception d'un service sur mesure

La protection des données dès la conception et par défaut n'incombe, selon l'article 25.1 du RGPD, qu'au responsable de traitement. Aucun devoir d'assistance spécifique du sous-traitant n'est prévu à cette occasion<sup>66</sup>.

Il nous semble toutefois qu'en cas de conception d'un service sur mesure, la protection des données dès la conception et par défaut devra être intégrée par le sous-traitant. En effet, dans le cas contraire, le service conçu serait affecté d'un défaut, ce qui pourrait constituer un manquement contractuel du prestataire.

<sup>65</sup> En ce sens, voy., p. ex., Paris, 11<sup>e</sup> ch., 16 octobre 2015, n° 13/06759, JurisData, n° 2015-023286, C.C.E., 2015/12, Commentaires, n° 98.

<sup>66</sup> Art. 28.3 RGPD.

### § 3. L'évolution de la technique

Dès lors que les exigences en matière de sécurité évoluent continuellement, une évaluation fréquente et une amélioration régulière des mesures de sécurité désuètes s'imposeront afin de continuer à respecter le RGPD.

À cet égard, le prestataire semble le mieux placé pour informer son cocontractant des nouvelles possibilités. Une amélioration des mesures de sécurité engendrera probablement un surcoût, qui devra normalement être supporté par le client. Il nous semble, dès lors, que la décision d'améliorer ou non ces mesures lui revient. En cas de refus, si le sous-traitant estime que ce refus constitue une instruction violant le RGPD, il se devra de le dénoncer au responsable de traitement (*cf. supra*).

## Conclusion

Au terme de notre réflexion, il nous semble que les normes juridiques définies d'une manière ouverte – telles que le devoir de conseil – ont encore de beaux jours devant elles. En effet, leur plasticité permet d'embrasser les évolutions technologiques et offre au juge une souplesse précieuse dans l'appréhension des faits portés devant lui.

L'analyse du devoir de conseil dans le contexte du nouveau RGPD montre la vitalité de la notion et offre d'intéressantes perspectives aux praticiens appelés à mettre en œuvre les principes du nouvel instrument clé de la protection des données à caractère personnel.

Vitalité, souplesse... le lien avec Yves, notre jubilaire, est tout naturel.

En écrivant ces lignes, nous ne pouvons manquer de repenser à tous ces moments où Yves a marqué notre cheminement : en tant que professeur de droit romain puis de droit de protection de la vie privée, en tant que directeur du CRID, professeur de Sources et principes du droit, puis en tant que recteur de l'UNamur.

Au-delà de l'éminence des qualités professionnelles, c'est la convivialité des relations avec Yves, dans tous les rôles évoqués, qui nous a le plus marqués au cours de ces années où nous avons eu la chance de le côtoyer.

Gageons que sa vitalité légendaire lui permettra de savourer, avec ses proches, une liberté horaire (enfin) retrouvée.

Merci pour tout, Yves, et au plaisir de te revoir prochainement, en toute amitié !